

Liquidation partielle indirecte : le Tribunal fédéral précise la notion de « participation »

Rappelons que la liquidation partielle indirecte (LPI) vise à disqualifier tout ou partie du gain en capital privé exonéré d'impôt réalisé par le vendeur au motif que l'acheteur utilise la substance de la société-cible pour s'acquitter du prix de vente des actions. Cependant, en matière de LPI, une imposition au titre du rendement de la fortune n'intervient que si, entre autres conditions, il y a une participation du vendeur (activement ou passivement) à l'opération d'appauvrissement de la société-cible. La condition de la participation relevant des intentions internes du vendeur n'est pas toujours aisée à déterminer sur la base de critères objectifs externes. Dans un arrêt du 14 décembre 2023 (9C_965/2022), le Tribunal fédéral (TF) a eu l'occasion de préciser la notion de « participation » du vendeur dans le cadre d'une transaction qualifiée de LPI. Comme on le verra, cet arrêt est très important puisqu'il permet de retenir une LPI quand bien même l'acheteur possède des moyens financiers substantiels.

Les faits peuvent être résumés assez simplement. Monsieur A, résident dans le canton de Zurich, cède sa société D SA dont il est actionnaire à concurrence de 60%. Cette participation fait partie de sa fortune privée. La vente est effectuée en date du 5 décembre 2008 en faveur de la société E SA. La société E SA est solide financièrement et réalise un chiffre d'affaires de l'ordre de CHF 1.5 milliard par année. Le prix de vente pour l'ensemble du capital-actions (une autre personne vendant simultanément 40% de sa participation) est fixé à CHF 2'900'000. En date du 6 avril 2013, soit moins de cinq ans après la vente, E SA procède à une fusion par absorption de D SA reprenant ainsi l'ensemble des éléments commerciaux de la société vendue.

Dans une procédure de rappel d'impôt, les autorités fiscales zurichoises considèrent que les éléments constitutifs d'une LPI sont réalisés du fait de la violation du délai de blocage de cinq ans prévu à l'art. 20a al.1 let. a LIFD (art. 7a al. 1 LHID pour les aspects relevant de l'impôt cantonal et communal). Le contribuable fait recours en estimant qu'il n'a pas participé à l'opération d'appauvrissement réalisée dans le cadre de la fusion intervenue plus de 4 ans après la vente.

Dans un premier temps, le TF rappelle les conditions constitutives de la LPI soulignant que celle-ci se déclenche dès lors que de la substance non nécessaire à l'exploitation est distribuée, avec le concours du vendeur. Il s'agit de la substance qui pouvait être distribuée en vertu du droit commercial au moment de la vente. Cependant, une LPI suppose une participation *active* ou *passive* du vendeur. On considère qu'il y a participation lorsque le vendeur sait ou devait savoir que les fonds seraient prélevés de la société pour en financer le prix d'achat et qu'ils ne lui seraient pas rendus (art. 20a al. 2 LIFD).

Comme le souligne le TF, la participation est une condition autonome qui doit être remplie pour qu'il y ait LPI. Il faut donc analyser un élément subjectif auprès du vendeur. En d'autres termes, pour qu'il y ait LPI, il ne suffit pas que la société vendue dispose, au moment de la vente, d'une substance non nécessaire à l'exploitation et susceptible d'être distribuée en vertu du droit commercial. Il faut en outre une participation

du vendeur. La condition de la participation doit être analysée pour chaque vendeur de manière indépendante.

Selon le TF, afin d'exclure le reproche d'une participation, le vendeur doit vérifier si l'acheteur est en mesure de financer le prix d'achat par ses propres moyens sans recourir aux fonds de la société visée. Il y a donc un devoir de diligence du vendeur et le simple fait d'inclure dans le contrat une clause contractuelle selon laquelle l'acheteur s'engage à ne pas réaliser les éléments constitutifs de la LPI pendant la durée de blocage ne suffit pas à elle seule pour exclure la participation.

Cela étant, il ne faut pas non plus exiger du vendeur qu'il mène une enquête auprès de l'acheteur ou que ce dernier lui dévoile toutes les circonstances de la transaction. On doit néanmoins s'attendre du vendeur qu'il exige toute information habituelle sur la solvabilité dans le cadre des négociations selon une procédure d'examen habituelle.

Ces éléments étant rappelés, le TF estime que le vendeur s'expose au risque de participation si la société vendue dispose d'une substance non nécessaire à l'exploitation très importante et que cette substance est « *disproportionnée* » par rapport aux besoins de l'exploitation de la société-cible. Selon le TF, une contrepartie raisonnable n'a finalement aucun intérêt à acheter de la substance non nécessaire à l'exploitation sans l'utiliser pour des activités commerciales. Cet élément va constituer un facteur déterminant dans le cadre de l'analyse du TF.

Le TF confirme l'appréciation de l'instance précédente en estimant que la participation pouvait également être remplie même si l'acheteur est une société financièrement très solide, mais qui, au moment de la vente, admet qu'il y avait une substance non nécessaire à l'exploitation très importante, disproportionnée par rapport aux besoins de la société cible. Une telle substance laisse présager une distribution de substance pendant le délai de blocage.

Or, force est de constater que le prix de vente de CHF 2'900'000 correspond dans une large mesure aux fonds propres de la société qui s'élevaient à environ CHF 2'400'000 au 31 décembre 2007, soit à la date de la dernière clôture avant la vente de la société. Dans le cadre de discussions avec une banque soucieuse d'identifier un risque de LPI, il est ressorti que la substance non nécessaire à l'exploitation s'élevait à CHF 1'400'000 au moment de la vente. Pour se prémunir du risque, il était prévu de manière classique dans le contrat de vente que l'acheteur s'engageait à s'abstenir de réaliser les éléments constitutifs de la LPI jusqu'au 31 décembre 2013, avec une indemnisation à la clé en faveur du vendeur.

Selon le TF, l'instance précédente a clairement établi que la substance non nécessaire à l'exploitation qui avait été thésaurisée était disproportionnée par rapport aux besoins de fonds de roulement pour la suite de l'exploitation de la société vendue. De ce fait, le contribuable aurait dû être conscient du risque d'une distribution de substance pendant le délai de blocage et que le fait qu'une indemnité soit prévue démontrait que le vendeur avait conscience de ce risque, au moins passivement.

De son côté, Monsieur A fait valoir qu'il était totalement absurde d'envisager que l'acheteur ait besoin de financer son achat au moyen de la substance de la société vendue. Ce groupe réalise un chiffre d'affaires d'environ CHF 1.5 milliard, de sorte qu'il est peu plausible qu'un tel groupe ait eu la nécessité de financer cette acquisition par la substance de la société-cible. La fusion opérée répondait uniquement à des exigences de rationalisation du groupe en vue de regrouper les sociétés suisses du groupe.

Le TF n'est pas convaincu par cette argumentation et relève que la thésaurisation excessive répondait clairement à des fins fiscales. Cette thésaurisation a été organisée par le vendeur qui était l'actionnaire

majoritaire et le président délégué du conseil d'administration. Cette thésaurisation est telle qu'elle semble manifestement avoir été maintenue jusqu'à la vente uniquement pour des raisons fiscales. De ce fait, l'argument du contribuable selon lequel il n'y aurait pas eu de relations particulières et de proximité entre le vendeur et l'acheteur n'est pas pertinent dans le cas d'espèce.

Compte tenu de ces éléments, le TF arrive à la conclusion que la participation au moins passive du vendeur doit être retenue dans le cas d'espèce de sorte que les éléments constitutifs de la LPI sont bien réalisés.

Dans une deuxième partie, l'arrêt s'arrête sur le mode de calcul de la base imposable en matière de la LPI. Sans vouloir entrer dans les détails à ce stade puisque cela pourrait faire l'objet d'une contribution séparée, il faut simplement souligner le fait que le TF confirme le mode de calcul prévu par la Circulaire n° 14 du 6 novembre 2007 de l'Administration fédérale des contributions traitant de la vente de droits de participations de la fortune privée dans la fortune commerciale d'un tiers (liquidation partielle indirecte). Ladite Circulaire prévoit que la base imposable correspond à la plus petite valeur suivante, à savoir (1) le produit de la vente y compris les montants payables sous conditions suspensives ou résolutoires, (2) le montant distribué, (3) les réserves distribuables selon le droit commercial et (4) la substance non nécessaire à l'exploitation.

De son côté, Monsieur A fait valoir le fait que, selon le texte clair de la loi, il faut se préoccuper de la substance non nécessaire à l'exploitation existante au moment de la distribution et qui était déjà présente au moment de la vente. Cela aboutirait à une base imposable nettement inférieure au jour de la fusion par rapport à celle qui a été retenue par les autorités fiscales zurichoises.

Le TF confirme qu'il n'est pas possible de prendre la substance non nécessaire à l'exploitation après la date de la vente et, par voie de conséquence, au moment de la distribution. Cela découle du principe de réalisation qui prévoit qu'il s'agit bien d'un revenu imposable lors de la période fiscale au jour de la vente et non au jour de la distribution. Cela explique du reste de la mise en place de la procédure du rappel d'impôt voulue par le législateur.

Cet arrêt est extrêmement intéressant puisqu'il permet de clarifier la notion de participation – au moins passive – du vendeur dans le cadre d'une LPI. Dans ce contexte, le TF insiste sur le fait que la présence d'une forte substance non nécessaire à l'exploitation au jour de la vente constitue un indice très important d'une participation. En effet, cela permet de déduire du vendeur qu'il a non seulement organisé cette thésaurisation à des fins fiscales, mais qu'il ne pouvait pas ne pas table sur le fait que cette substance - jugée excessive - serait distribuée dans le délai de blocage de cinq ans.

L'argument selon lequel l'acheteur est une société financièrement solide n'a joué aucun rôle. Alors que ce dernier facteur pourrait être plutôt rassurant et de nature à écarter une LPI, au moins sur la condition subjective de la participation, le TF a clairement atténué ce paramètre. S'il est clair que le risque de LPI est grand si l'acheteur se trouve dans une situation de solvabilité précaire au moment de l'achat, il est aussi clair qu'une société avec une grande capacité financière, n'est pas une garantie de l'absence d'une LPI. Certes, il n'est pas prohibé de thésauriser de la substance, mais le vendeur le fera à ses risques et périls.

De plus, force est également de souligner le fait que le TF – sans en utiliser strictement les termes – considère qu'il y a une forme d'abus de thésauriser à l'excès de la substance non nécessaire à l'exploitation. Ce cas d'espèce démontre une claire tendance du TF à élargir le spectre de la LPI, ce qui constitue une vraie mise en garde pour les praticiens.

Cela étant, on ne peut s'empêcher de constater que la thésaurisation de fonds permet désormais de justifier plusieurs conditions de la LPI, soit la présence de substance non nécessaire à l'exploitation, de réserves distribuables au sens du droit commercial et celle d'une participation passive à la LPI. Nul doute que cette jurisprudence suscitera un débat animé auprès des spécialistes.

Publié sur LinkedIn le 4 janvier 2024 © Thierry De Mitri